

DIREITOS HUMANOS E PROCESSO CIVIL

Gelson Amaro de SOUZA*

Sumário: 1. Noções preliminares 2. Conceito de direitos humanos 3. A supremacia dos direitos humanos 4. Os direitos humanos e o processo civil 5. Alguns institutos de processo civil em consonância com os direitos humanos 5. 1. O devido procedimento legal e direitos humanos 5. 1. 1. Suporte constitucional do devido procedimento legal 5. 1. 2. O devido processo legal material - *Substantive due process* 5. 1. 3. O devido procedimento legal processual - *Procedural due process* 5. 2. Privação da liberdade ou dos bens 5. 3 Gratuidade da justiça 5. 4. Proteção ao direito de moradia 5. 5. Prioridade aos processos dos idosos 5. 6. Tutela antecipada 5. 7. Tutela inibitória 5. 8. Efetividade da tutela jurisdicional 6. Alguns costumes que violam os direitos humanos 6. 1. A abusiva declaração de fraude de execução sem o devido procedimento legal 6. 2. A absurda prisão do depositário judicial sem lei 6.2.1. Antecedentes jurisprudenciais 6. 3. Retenção de dinheiro de incapaz sem lei 6.3.1. Da restrição (retenção) inconstitucional de dinheiro de incapaz 6.3.2. Antecedentes jurisprudenciais 6. 4. Prisão civil processual da parte que não cumprir ordem judicial 6.4.1. Precedentes jurisprudenciais. Conclusão. Referências

Resumo: O presente estudo visa analisar os direitos humanos em face do processo civil. Procura demonstrar o que se respeita no processo civil, em termos de direitos fundamentais e direitos humanos e demonstrar alguns casos de aberrações jurídicas, em que não se respeitam os direitos humanos que são os direitos fundamentais da pessoa humana e o mínimo necessário para que possa viver com dignidade, ou seja, o respeito à dignidade humana.

Abstract: The present study seeks to analyze the human rights in face of civil procedure. It seeks to demonstrate what is respected in the civil procedure, in terms of fundamental rights and human rights and also to demonstrate some cases of juridical aberrations, in which the human rights, that are the fundamental rights of the human person, are not respected and the minimum necessary in order to live with dignity, in other words, the respect to the human dignity.

Palavras-chaves: Direitos humanos; Direitos fundamentais; Direito processual civil; Processo Civil; Pessoa humana; Dignidade da pessoa humana.

* Doutor em Direito Processual Civil pela PUC/SP, ex-Diretor e atual Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP – AET e da Faculdade de Direito de Adamantina – FAI. Procurador do Estado (aposentado) e Advogado em Presidente Prudente-SP.

Key-Words: Human rights; Fundamental rights; Civil procedural law; Civil procedure; Human person; Dignity of the human person.

1. Noções preliminares

Urge ressaltar preliminarmente que em todas as sociedades evoluídas há uma perene preocupação com o ser humano e a busca constante de providências e medidas no sentido de aprimoramento do atendimento às pessoas para, com isso, atingir o mais completo aperfeiçoamento possível do convívio social, com vistas à salvaguarda da dignidade humana.

O esforço para se encontrar fórmula para o alcance da dignidade humana tem levado as sociedades modernas a descobrirem novos caminhos, através das mais variadas técnicas aplicadas em todo e qualquer setor da ciência. Se assim é, no campo da engenharia, da medicina e dos demais ramos da ciência social, no direito, sabidamente integrante desta última, não poderia ser diferente.

Os avanços, até então, experimentados pelas mais diversas e modernas legislações contemporâneas, têm demonstrado não ser em vão a procura para detectar falha e aperfeiçoar o direito em busca de um melhor atendimento aos direitos humanos e, com esses, pôr em relevo a dignidade da pessoa humana.¹

O direito, como se sabe hoje, existe, para atender os interesses das pessoas integrantes da sociedade² e, não mais, como era visto no passado, quando se imaginava que ele existisse somente para atender os caprichos dos governantes e de alguns³ poucos poderosos.

Observa JABUR⁴ que a escola naturalista enfatizou e resgatou a primazia dos direitos naturais, ou seja, aqueles essenciais e inatos do ser humano, antevisto primordialmente pelo cristianismo, pela qual revigorou a teoria dos direitos originários e fundamentais do indivíduo, saindo da abstração para a concretização, para dar lugar à atuação contra o Estado autoritário, cujo arbítrio não se tolera mais. Conforme ensina MAZZUOLI,⁵ no Brasil, não se tem utilizado todos os meios disponíveis ao seu alcance para efetivar a observância aos direitos humanos. É certo que existem esforços nesse sentido, mas ainda não se atendeu e nem se atende de

¹ “Quem pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa na dignidade dos homens. FELIPE, Marcio Sotelo, Razão jurídica e dignidade humana. p. 54.

² Mais amplamente sobre o assunto, ver nosso Processo e jurisprudência no estudo do direito, Rio de Janeiro: Forense, 1989.

³ FELIPE, Marcio Sotelo. “Não há razão pela qual, diante da norma positiva que violenta a dignidade humana, devo aprisionar a juridicidade na pressuposição da norma fundamental segundo a qual vale a vontade de alguém ou de alguns”. Razão jurídica e dignidade humana. P. 23 Em outra passagem: “aquela apoiada na idéia de unidade dos homens, a norma da totalidade, a norma que diz do direito de ter direitos, a norma fundamental que assegura os direitos humanos. Idem, p. 37.

⁴ JABUR, Gilberto Haddad. Liberdade de pensamento e direito .a vida privada. p. 75.

⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais. P. 351.

forma ampla os direitos mínimos necessários à dignidade do ser humano.

Todavia, com essa nova realidade, põem-se em relevo os princípios da humanização e, as sociedades mais avançadas vêm dando exemplo de respeito à pessoa e ampliando cada vez mais a incidência dos direitos humanos. Pena que em uma sociedade como a nossa, onde ainda perdura o coronelismo político e a prioridade ao capitalismo selvagem, os direitos humanos fiquem para um segundo plano⁶.

Não se pode negar algum avanço legislativo nesse aspecto, mas além de ser uma evolução legislativa ainda muito tímida, nem sempre aquilo que é estabelecido na lei encontra ressonância na prática. Exemplificativamente, lembra-se que o sistema jurídico contempla o direito à habitação e que, apesar disso, muita gente não tem onde morar⁷. Também o sistema assegura o direito à vida e, no entanto, todos os dias os noticiários dão conta de que centenas de pessoas perdem a vida, por falta de segurança, falta de atendimento médico e às vezes até mesmo, por falta de alimentos. Ainda, o sistema jurídico assegura a liberdade de pensamento e a de locomoção e não raro se vê casos de censura e impedimento da livre expressão do pensamento e pior ainda, casos de privação da liberdade com prisão até mesmo sem previsão em lei.⁸ A Constituição Federal assegura o direito de propriedade, mas frequentemente se vê, pessoas ficarem privadas de seus bens, sem o devido procedimento legal.⁹

2. Conceito de direitos humanos

Quando se usa a expressão “direito” já se está inferindo tratar-se de relação entre pessoas, visto que somente entre estas é que se pode falar em direito. Quando se usa o termo “humano” está se referindo também a pessoa, visto que somente a pessoa natural pode ser considerada como ente da estirpe humana. No entanto, como força de expressão, sempre que se quer referir a pessoa, tornou-se corrente utilizar a expressão “pessoa humana”, como é comum dizer-se “dignidade da pessoa humana”. Direitos humanos são aqueles necessários para que uma pessoa possa ter uma vida com dignidade. Talvez o primeiro e o maior de todos seja o respeito ao que todas as pessoas têm direito e nem sempre é reconhecido pelos poderes públicos.

Também quando se diz direitos humanos, está se referindo aos direitos da pessoa. Mas não são quaisquer direitos, restringindo-se àqueles ligados de forma mais íntima à natureza da pessoa. São os direitos fundamentais da pessoa, norteados por sua natureza, ou seja, aquilo que a acompanha desde o seu nascimento até a sua

⁶ A teoria tomista tinha por tradição tomar o fundamento da norma de cima para baixo e não como o é para os estoicistas, de baixo para cima.

⁷ Hoje, vive-se a mais triste fase da história, em que até aqueles que não têm onde habitar e moram nas ruas estão sendo barbaramente assassinados, conforme se vê por todos os cantos os noticiários do dia a dia.

⁸ Ver nosso: Prisão do depositário judicial – uma prisão costumeira no terceiro milênio. Revista Dialética de Direito Processual, v. 19. São Paulo: Dialética, outubro de 2004.

⁹ Nesse aspecto remete-se ao nosso: Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

morte. Direitos que, direta ou indiretamente, visam proteger a dignidade da pessoa¹⁰. São aqueles direitos básicos e imprescindíveis à dignidade do ser humano.¹¹

O positivismo procura fazer do direito uma ciência¹², e o humanismo, por sua vez, procura nas ciências naturais a origem do direito.¹³ Por isso a dignidade do ser humano é fim e não meio. O direito positivo é apenas meio para se chegar ao fim que é o respeito à dignidade da pessoa.¹⁴ A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.¹⁵

Os direitos humanos têm de serem vistos em conformidade com a natureza e a individualidade da pessoa, muito embora a pessoa não viva isolada, sempre fazendo parte integrante da sociedade. Como uma aeronave não pode ser cuidada apenas em seu conjunto, merecendo atenção peça por peça, sobre pena de, por maltrato de uma, ser todo o conjunto prejudicado. Assim também é a sociedade que não pode ser vista apenas em seu conjunto, pois, há necessidade de cuidar-se da individualidade de cada pessoa.

Assim, o conceito de direitos humanos pode ser representado pela teoria kantiana de espaço e tempo¹⁶. Considerando a humanidade como o tempo, cada pessoa é como se fosse uma hora. Se não existir essa hora, não haverá a integridade do tempo. Em outros termos, somente se terá o tempo se se considerar a hora unitariamente. Desta forma, somente existe a sociedade, se antes existir a pessoa individualmente considerada. Sem a pessoa individualmente considerada, não haverá sociedade. A sociedade, como um todo, deve respeitar e defender a pessoa individualmente, em busca de sua dignidade. A dignidade da pessoa não é uma criação do constituinte, que apenas reconhece a sua existência.¹⁷

Pode-se dizer, com MORAES¹⁸, que o conjunto de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais. Ou ainda, como diz SANTOS¹⁹, a dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais. Os direitos humanos, de uma

¹⁰ FELIPPE, Marcio Sotelo. “Quem pensa o Direito hoje tem que pensar em indivíduos livres e iguais. E quem pensa em liberdade e igualdade pensa em dignidade dos homens”. *Razão jurídica e dignidade humana*. p. 54.

¹¹ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. “Os direitos humanos são os direitos básicos, imprescindíveis à dignidade do ser humano, pois que não poderão ser jamais violados sem o cerceamento de algum princípio ético”. *Prisão civil e os direitos humanos*. p.73.

¹² FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e a dignidade humana*. p. 69.

¹³ SOUZA, Gelson Amaro de. *Processo e jurisprudência no estudo do direito*.

¹⁴ FELIPPE, Marcio Sotelo. “O Direito não se esgota na norma positiva, e nem tudo que está na norma positiva é jurídico” obra citada, p. 83. “A dignidade é o fim. A juridicidade da norma positiva consiste em se poder reconhecer que tendenciosamente, ela se põe para esse fim. E se não se põe, não é legítima.” p. 100.

¹⁵ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. p. 55.

¹⁶ FELIPPE, Marcio Sotelo. *Nesse sentido*. Obra citada. p. 103.

¹⁷ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. p.79.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. p. 39.

¹⁹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. p.97.

maneira geral, estão consagrados e garantidos na Constituição Federal, sem contudo, esgotá-los. A Constituição não esgota todos os direitos humanos, mas se os ali consagrados fossem respeitados já estaria bom demais.

Os direitos humanos devem ser entendidos como uma categoria prévia, legitimadora e informadora dos direitos fundamentais, assim como os direitos fundamentais seria uma categoria descritiva dos direitos humanos²⁰, por terem seu fundamento em um sistema de valores prévio, de ordem natural e universal que tem força jurídica, mesmo não estando positivado. Não se pode perder de vista que os direitos humanos são, em verdade, todos aqueles inerentes à pessoa e conforme a sua natureza. Daí a razão utilizada por MAZZUOLI, para dizer que todos os direitos humanos são universais, individuais, interdependentes e inter-relacionados.²¹

O sistema constitucional brasileiro é bastante abrangente no que diz respeito aos direitos humanos, pena é que a legislação infraconstitucional nem sempre os respeita e, muitas vezes, quem não os respeita é o intérprete ou o aplicador do direito. Isso é uma constante na órbita civil, como a utilização de medidas drásticas e violadoras dos direitos humanos, sem lei alguma que autorize tal medida.²² Em decorrência disso se percebeu MAZZUOLI com acuidade observa: “Assim é que, no atual estágio de evolução da sociedade, com a constante cada vez mais crescente de desrespeito e de atrocidades, é preciso que se busque, seja no direito nacional, seja no internacional, saídas eficazes para solução do problema diário de violação dos direitos[...]”²³

3. A supremacia dos direitos humanos

Os direitos humanos estão entre os chamados super-direitos, visto que devem ser respeitados e acolhidos, mesmo que não previstos expressamente na lei positiva. Representam princípios de ordem pública e, por isso, estão acima da lei²⁴ e devem ser praticados mesmo sem esta. Adverte FELIPPE²⁵ que existem princípios não positivados que frequentemente afastam a aplicação das normas positivas, o que já

²⁰ HERRERA, Chinchilla. Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? p. 59.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais. p. 225.

²² Como exemplo lembra-se a prisão do depositário judicial, quando considerado infiel, sem lei que a autorize e como foi amplamente tratado em artigo nominado Prisão do depositário judicial – uma prisão costumeira no terceiro milênio”. Revista Dialética de Processo Civil. v. 19. outubro de 2004. Também é costumeira a retenção (sem lei) de dinheiro de incapaz até que complete a maior idade. Graves inconvenientes resultam desse ato ilegal e inconstitucional. a) Primeiro porque, é nessa faixa de idade que o incapaz mais precisa do dinheiro para sobrevir; b) Por segundo, nem todo incapaz é menor e, sendo maior ficaria eternamente sem poder utilizar o dinheiro que é seu; c) Por terceiro, que o dinheiro em depósito bancário, com o decurso do tempo perde o poder aquisitivo e quando a pessoa se torna maior, nada mais poderá fazer com a migalha que sobra. d) Pior ainda os casos noticiados pela imprensa de desaparecimentos dos depósitos com o passar dos tempos.

²³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica. p. 109.

²⁴ ARMELIN, Donald: “Atualmente, no sistema jurídico, não preponderam as regras, mas sim os princípios, de forma que o sistema jurídico é presidido precipuamente por estes, até porque a vulneração de um princípio pode implicar lesão mais grave do que a resultante de violação de uma regra”. Flexibilização da coisa julgada. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Edição especial. Janeiro-dezembro 2003.

²⁵ FELIPPE, Marcio Sotelo. Nesse sentido. Obra citada. p. 68.

seria bastante para demonstrar a inadequação do modelo positivo nesse particular. No mesmo sentido, SANTOS²⁶ proclama que o legislador apenas reconhece a existência dos direitos humanos porque sendo estes inerentes à pessoa, já há um conceito *a priori*. Seguem-se os ensinamentos de GUIMARÃES²⁷, para quem não se pode cogitar dos direitos e das garantias fundamentais sem se pensar no direito natural e nele fundamentar, pois têm estes como pressupostos inconfutável de uma natureza humana, idêntica entre todos os homens.

A supremacia do direito fundamental também foi vista por OLIVEIRA²⁸, para quem “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”. Os princípios constitucionais processuais, da mesma forma que os demais princípios, gozam de força suprema, vinculando, no caso, toda a sistemática do processo às suas verificações e exigências, como observou RAMOS JUNIOR.²⁹

Os princípios não precisam ser positivados para serem respeitados e cumpridos, porque sempre estão acima das leis positivas. Como reconhece HERRERA,³⁰ o direito positivo é apenas um instrumento bastante modesto de controle social. Segue-se PÉREZ LUÑO³¹, para quem os direitos abarcam aquelas exigências que devendo ser objeto de positivação, ainda que não o tenha sido positivado. Em outros termos, devem prevalecer os princípios, sejam ou não contemplados pela norma positiva.

4. Os direitos humanos e o processo civil.

No campo do processo civil é notável a existência de esforços do legislador que aos poucos vai reformulando as suas legislações sobre o ponto de vista processual ou até mesmo procedimental, visando facilitar o acesso ao judiciário e a incrementação de providências visando a efetivação da justiça³². Tem-se ainda criado e procurado incentivar os meios de atuação alternativa de solução de conflitos de forma mais ágil e menos onerosa para os jurisdicionados, como a nova lei de arbitragem, os juizados especiais, as câmaras de intermediação, juizados de conciliação etc.

A tutela antecipada surgiu como novidade no sistema quando da primeira etapa da reforma do Código de Processo Civil, veio como uma luva para por fim ao sofrimento de muitos que passaram, a utilizar o bem da vida em disputa antes mesmo

²⁶ SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. p.79.

²⁷ GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. Comentários à Constituição – direitos e garantias individuais e coletivas, p. 4.

²⁸ OLIVEIRA, C.A.Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. RDPC. v. 26, p. 655.

²⁹ RAMOS JUNIOR, Galdino Luiz. Princípios constitucionais do processo. p. 11.

³⁰ HERRERA, Chinchilla. Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? p. 13.

³¹ PEREZ LUÑO, Antonio. Los derechos fundamentales. p. 47.

³² HERRERA, Chinchilla. “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”. Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? p.40.

da sentença ao final. As ações coletivas é outra criação genial, que permitindo em um só processo a decisão de questões de interesse de muitos, evitando maiores delongas e maiores custos, além de afastar as infundáveis dificuldades que tem o particular na propositura e condução do processo individual e até mesmo o desconforto de se deparar com julgamentos contraditórios. É no processo civil, ao que se pensa, onde se concentram os maiores esforços para a efetivação dos direitos humanos. O recente Código do Consumidor, misto de norma de natureza material e processual, abrindo espaço para a inversão do ônus da prova e a fixação da competência no domicílio do mais fraco, o consumidor. Recentemente promulgou-se o estatuto do idoso, que consagra a prioridade na tramitação dos processos de interesse pessoa maior de sessenta anos.

5. Alguns institutos de processo civil em consonância com os direitos humanos

Vários são os institutos de processo civil que visam o atendimento dos princípios gerais dos direitos humanos. De uma maneira geral, pode-se apontar o princípio da igualdade das partes, o princípio da liberdade para se propor ou contestar a ação, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o princípio de que ninguém pode ser condenado sem o direito de defesa, o princípio do acesso à justiça, o princípio do direito à ordem jurídica justa, o princípio do contraditório e da ampla defesa, bem como o princípio do devido processo legal, entre tantos outros.

5. 1. O devido procedimento legal e direitos humanos

Um dos pilares dos direitos humanos é garantia constitucional do devido procedimento legal que o constituinte preferiu manter a nomenclatura histórica de *devido processo legal*. Todo processo é legal, o que pode ser legal ou ilegal é procedimento.³³

O art. 5º, LIV, da Constituição Federal de 1.988 dispõe que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mas nada disse, até aí sobre o contraditório e a ampla defesa, que foram objetos de disposição no inciso seguinte (art. 5º, LV). Tem-se que, embora andem sempre juntos, o contraditório e a ampla defesa são figuras diferentes do chamado devido processo legal que, em verdade, mais tem a ver com o procedimento do que com o processo propriamente dito.

O constituinte neste inciso preocupou-se com o devido processo legal, mas já se entendeu que se autorizado por lei, o contraditório e a ampla defesa podem ser diferidos.³⁴ Como o constituinte brasileiro tratou desses princípios em incisos separados, certamente, entendeu que eles são diferentes e independentes. Fossem

³³ SOUZA, Gelson Amaro de. Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente. p. 182.

³⁴ MS. 02553-7. RT. 764/303; Revista de Direito Bancário, v. 06. p.. 153.

esses princípios sinônimos, não haveriam de receber tratamento em dispositivos separados. Mas não é só. Ver-se-á, a seguir, alguns aspectos que, ao que se pensa, levam ao entendimento de que tais princípios não se confundem.

5. 1. 1. Suporte constitucional do devido procedimento legal

O devido procedimento legal encontra seu suporte constitucional na norma insculpida no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, promulgada em 1.988 que assim dispõe:

Art. 5º [...].

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O constituinte brasileiro consciente da necessidade de se adaptar a Constituição aos mais modernos e avançados ideais do direito e da justiça, e, em manifesta demonstração de que estava em sintonia com o seu tempo, erigiu em postulado constitucional, o chamado devido processo legal.

Pensa-se que melhor seria se o denominasse de devido procedimento legal, pois ao que se imagina, todo processo é legal, o que pode ser legal ou ilegal é o procedimento, como restou anotado anteriormente. O processo pelo simples fato de corresponder a uma relação jurídica, não se pode imaginar ilegal. Toda relação jurídica necessariamente é relação legal.

Pela forma positivada na Constituição, o que se chama de devido processo legal não pode ser confundido, com mero conteúdo programático, mas, sim, como princípio imperativo e que deve fazer-se presente em todo procedimento. Ninguém poderá sofrer restrição de seus bens sem que antes exista um procedimento adequado e devidamente previsto em lei.

Ao que se pensa, a Constituição não traça os contornos do procedimento (ou processo), somente exige que exista norma criadora de determinado procedimento, numa demonstração clara e objetiva, além de peremptória e imperativa, de que, sem a existência de um procedimento (processo) previsto em lei, ninguém poderá sofrer restrição em seus bens.

O que a Constituição Federal quis, foi afastar a arbitrariedade e o protecionismo em favor de alguns, em prejuízos de outros. Procurou evitar que em favor de alguém pudesse restringir a liberdade ou os bens de outros, sem que, para isso haja uma lei anterior descrevendo os atos que podem ser praticados e a forma com que o serão.

Somente com uma lei anteriormente em vigência é que se pode cumprir a

igualdade de todos perante a lei, sem discriminações e sem protecionismo e apadrinhamento. Assim é que a Constituição Federal, para evitar distorções, exige que, para que alguém possa sofrer restrição de seus bens, antes se deve seguir o procedimento previsto em lei, ou seja, o devido procedimento legal (art. 5º LIV, da CF).

Caso inexistir procedimento previsto para a providência que venha restringir o direito de alguém, esta providência não poderá ser tomada porque inexistente um procedimento previsto em lei. Repete-se, somente com o seguimento de um procedimento previsto anteriormente em lei, é que se dará atendimento a esse mandamento constitucional.

O que não se pode permitir, é que aquele que é o encarregado de aplicar a lei possa inventar um procedimento não previsto no sistema jurídico e, ao seu modo, determinar a constrição ou restrição de bem sem o devido procedimento legal. Essa invenção que se apresenta toda particularizada, sem previsão em antecedente lei, fere não só o princípio da anterioridade da lei (tipicidade), bem como atenta contra a garantia do devido procedimento legal. Tal comportamento atenta contra os direitos humanos e deve ser evitado, sob pena de sacrificar um dos mais elementares direitos da pessoa que é a preservação da dignidade humana.

5. 1. 2. O Devido processo legal material - *Substantive due process*

Alguns autores apregoaram que o devido processo legal se manifesta sobre dois prismas diferentes. Dizem que um se dá sob o ponto de vista material ou substantivo (que preferem chamá-lo de *substantive due process*) e outro se apresenta em outro enfoque, ou seja, sob o ponto de vista processual ou formal (que o chamam de *procedural due process*).³⁵

NERY JUNIOR, analisando a questão, deixou assentado o seguinte:

A cláusula *due process of law*, não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo.³⁶

³⁵ DINIZ, José Janguiê Bezerra, Princípios constitucional do processo. p. 223; NERY JUNIOR, Nelson, obra citada. pp. 31 e 35.

³⁶ NERY JUNIOR, Nelson, obra citada, p. 31.

Os autores que adotam esta posição, afirmam que o *substantive due process* consiste em dar tratamento no sentido material equivalente ao previsto em lei. Isso, ao que se pensa, não se cuida do devido processo legal e nada tem a ver com o processo e nem com o procedimento. Tem a ver e está ligado a outro princípio que se tornou conhecido como princípio da legalidade ou da anterioridade da lei. Dar atendimento aos mandamentos legais de direito substantivo corresponde, sem dúvida, ao respeito do princípio da legalidade ou da anterioridade da lei.

Nesse diapasão pronunciou PREVITALLI CAIS (1996):

Essa garantia magnífica, que traz em si embutido o princípio da legalidade, despontou na Idade Média, com a Magna Carta, conquistada pelos barões feudais saxônicos junto ao rei João Sem Terra, no limiar do Século XIII, como função limitadora do poder real e não do Parlamento propriamente dito.³⁷

Percebe-se que essa autora fala em “princípio da legalidade”, ao se referir ao devido processo legal substantivo. Esse princípio merece respeito e deve ser cultivado em todo momento, sempre e até mesmo antes e na fase pré-processual, pois somente surge interesse de agir, quando for violada a lei ou for contrariado o princípio da legalidade. Desta forma, cumprir ou não cumprir a lei substantiva, pelo que se pensa, nada influi no devido processo legal, senão no princípio da legalidade ou no princípio da anterioridade da lei, este princípio que se encontra insculpido no art. 5º, II, da CF), como princípio à garantia dos direitos humanos.

Ressalta-se que DINIZ (1997) afirma encontrar-se neste princípio o dever da administração somente agir conforme aquilo que dispõe a lei. São dele as palavras seguintes:

Noutro ressaltar, a administração só pode praticar atos ou celebrar negócios, havendo lei permitidora, é o que a doutrina chama *de princípio da submissão da administração à lei*.

No direito privado, o mesmo não ocorre, haja vista que os particulares se norteiam pelo princípio da autonomia da vontade, onde prevalece a liberdade de contratação e de realização de negócios e da prática de todos os atos jurídicos, mesmo que a lei não preveja, contanto que não afrontem normas de ordem pública, e que não sejam praticados contra os bons costumes.

No direito privado, é velho dito, o que não é proibido é permitido. Isto

³⁷ PREVITALLI CAIS, Cleide. O Processo tributário. p. 53. São Paulo. Editora RT. 1.996.

decorre do consagrado no princípio nominado por autor de obras de ‘atipicidade dos negócios jurídicos privados’. O fato de a administração dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando, lhe é por ela permitido, indica a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo.³⁸

Com isso, confirma-se o que foi exposto acima, de que se trata do princípio da legalidade ou da anterioridade da lei e não do devido procedimento legal. É o princípio da legalidade, pelo qual ninguém pode ser punido sem lei anterior que comine (estabeleça) essa pena e que é uma das maiores salvaguardas dos direitos humanos.

5. 1. 3. O devido procedimento legal processual - *Procedural due process*

De outra forma, a doutrina analisa o que se tem chamado de *procedural due process* que é visto sob o ponto de vista processual, mas, pelos pontos de vista apresentados, percebe-se a tendência e inclinação mais para o procedimento, do que para o processo propriamente dito.

Sabe-se que o processo forma uma relação jurídica nova e que se chama relação processual. Porquanto o procedimento não forma relação jurídica nova, apenas determina as etapas e as formas com que os atos devem ser praticados.

É comum encontrar-se afirmação de que por este prisma, esse princípio é visto como corolário ao rápido e público julgamento, direito de citação, direito de arrolar testemunhas e fazer reperguntas, direito de produzir provas, oportunidade de defesa (escrita e oral) perante o juiz, direito ao juiz natural ou competente etc.³⁹

Versando sobre o assunto, assim afirmou SILVEIRA (1.996):

O devido legal procedimental refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento administrativo, ou a ordem judicial, são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei ou regulamento viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (...).⁴⁰

Seguindo a mesma trilha, CARVALHO (1994), também acentuou, em

³⁸ DINIZ, José Janguê Bezerra, obra citada, p. 223/224.

³⁹ DINIZ, José Janguê Bezerra, obra citada, p. 224.

⁴⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. Devido processo legal. pág. 65.

monografia, na qual tratou dos princípios processuais constitucionais, o aspecto procedimental do devido processo legal e suas são as palavras seguintes: Ora, somente com o devido processo legal garante-se ao cidadão uma atuação imparcial do poder jurisdicional, protegendo a sua liberdade e seus bens.⁴¹

Essas colocações, aliadas às já anteriormente apresentadas, parecem demonstrar a incidência procedimental do devido processo legal, ao passo que a matéria relacionada à norma substantiva ou material, ao que se se pensa, é garantia de outros princípios, tais como o da anterioridade da lei, da tipicidade ou princípio da legalidade. Esses três princípios não se confundem com o do devido procedimento legal.

5. 2. *Privação da liberdade ou dos bens*

Conforme dispõe o art. 5º, LIV, da CF, ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. Exige-se que exista um procedimento legal (procedimento previsto em lei), para que o mesmo seja seguido e respeitado sem prejudicar a defesa do interessado.

A partir disso, pode-se firmar posição de que ninguém pode ser preso ou ficar privado de seus bens sem o devido procedimento legal, ou seja, um procedimento preestabelecido em lei, já que ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF), bem como ninguém pode ser condenado a alguma pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, CF). Isto é, nem a pena privativa de liberdade e nem a pena de perdimento de seus bens. A declaração de ineficácia por reconhecimento da fraude à execução, nada mais é do que uma forma disfarçada e simulada de declarar a perda do bem.

Pode parecer estranho que em pleno terceiro milênio, apesar da garantia constitucional de que “ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal”, ainda existem tais anomalias nos meios forenses. Não é tão raro decretar-se a prisão de pessoas sem lei anterior que autorize essa prisão⁴² e, da mesma forma, é comum determinar a constrição de bens do adquirente sob a alegação de fraude de execução sem que o mesmo tenha antes oportunidade de defesa e sem o devido processo legal.⁴³

5. 3. *Gratuidade da justiça*

A gratuidade da prestação jurisdicional é uma das balizas dos direitos humanos, porque desumano seria apenas permitir que aquele que tem recurso tivesse

⁴¹ CARVALHO, Luiz Aírton de. Princípios processuais constitucionais, Cartilha Jurídica, TRF/1ª Região, nº 28, p. 09, Setembro de 1.994.

⁴² SOUZA, Gelson Amaro de. Prisão do depositário judicial – uma prisão costumeira no terceiro milênio. Revista Dialética de Processo Civil, v. 19. São Paulo: Dialética, outubro, 2004.

⁴³ Mais amplamente, ver nosso, Fraude à execução e o direito de defesa do adquirente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

acesso ao judiciário e outras pessoas sem recurso não tivessem a mesma sorte. Visando garantir a igualdade de oportunidade instituiu-se no âmbito do processo civil a gratuidade da justiça, consistente na dispensa de pagamento de despesas e custas processuais, para aqueles que não possam fazê-lo sem o sacrifício do próprio sustento ou da manutenção de sua família.

É um instituto da mais alta relevância, pena que mal compreendido por alguns juízes, que tudo fazem para negá-lo, sob os mais variados argumentos. Negar o acesso ao Poder Judiciário é negar a justiça, um dos mais legítimos direitos humanos. Por se tratar de garantia constitucional e por integrar os mais sagrados direitos da pessoa, como é a busca da justiça, esse benefício deve ser concedido mesmo naqueles casos de dúvida de sua necessidade.

Conforme expôs ALVARES,⁴⁴ por justiça gratuita deve ser entendida a gratuidade de todas as causas e despesas judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em Juízo. O acesso à justiça, por ser um dos elementares direitos do cidadão, não pode ser dificultado, menos ainda impedido por falta de condições econômicas. A pessoa tem direito natural à justiça e não simplesmente de ingresso no judiciário. Tem direito à ordem jurídica justa com a aplicação do direito, não bastando um simples acesso ao judiciário, tem direito à prestação jurisdicional, que é atividade desenvolvida pelo judiciário para a efetividade do processo. Não basta o simples ingresso em juízo, o mais importante não é a entrada, mas a saída com a prestação jurisdicional garantida.

5.4. *Proteção ao direito de moradia*

A penhorabilidade e a impenhorabilidade de bens têm sido consideradas como disciplinas de direito civil e não processual. Seja como for, os efeitos delas recai sempre no processo, pois neste é que se efetiva ou deixa de se efetivar a penhora.

Um dos maiores avanços nos últimos tempos, foi a lei nº 8.009 de 1990, que garantiu a impenhorabilidade dos bens que guarnecem a residência do devedor, bem como o próprio imóvel que esteja servindo de sua residência. Trata-se de grande avanço rumo ao respeito dos direitos humanos, pois se a moradia é um dos direitos humanos mais reclamados, não se pode mesmo retirá-la do devedor. Não se trata, como pensam alguns, de estimular o calote.⁴⁵ Muito diferentemente, trata-se de respeitar o princípio constitucional da proporcionalidade, pois, entre o devedor ficar sem moradia e ficar ao relento e o credor ficar apenas sem receber o seu crédito, proporcionalmente, esta última é muito menos danosa. É preferível que o credor fique sem o seu crédito do que o devedor fique sem moradia.

⁴⁴ ALVARES, Anselmo Prieto. Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita. RT. v. 778, p. 50.;

⁴⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação-algumas propostas para minimizá-la. RJ 316, p. 36.

Como observa NUNES⁴⁶, hoje é, reconhecidamente, de fundamental importância a casa de família, o lar, constituindo-se essa a base da sociedade e da nação, sendo esta, na expressão de Ruy Barbosa, nada mais que a família ampliada. É sem qualquer sombra de dúvida um instituto voltado ao atendimento dos direitos humanos e, mais especificamente, ao direito de moradia. A pessoa sem moradia não pode viver com dignidade. A falta de condições de vida com dignidade, aniquila a personalidade, abala a alta estima e coloca a pessoa em sofrimento permanente.

5.5. Prioridade aos processos dos idosos

Outra medida recente, mas que desde há muito já se ressentia de sua criação, é a prioridade do procedimento das causas de interesse dos idosos. Em um País igual ao Brasil em que os processos duram anos e anos, seria extremamente desumano deixar o idoso à mingua de uma prestação jurisdicional por longo tempo.

Essa medida adotada recentemente pela Lei nº 10.173 de 2001, que alterando o Código de Processo Civil, instituiu o artigo 1211-A, pelo qual, os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos⁴⁷ terão prioridade na tramitação de todos os atos ou diligência, em qualquer instância. Longe de ser um privilégio, é o atendimento aos reclamos das necessidades da pessoa idosa e o respeito aos direitos humanos do idoso, através do procedimento em processo civil.

5. 6. Tutela antecipada

Outra figura que indiretamente contribui imensamente para a proteção dos direitos humanos é a tutela antecipada dos direitos pretendidos. É notório que o procedimento a ser utilizado no processo é longo e demorado, visto que para o atendimento do devido procedimento legal, várias são as etapas procedimentais, sendo por isso, moroso o procedimento de qualquer ação. Atendendo os reclamos da doutrina mais moderna, o legislador acabou por ceder e instituir essa providência de grande valia, que se tornou conhecida por tutela antecipada ou antecipação de tutela.

Em verdade, e em princípio, a tutela a ser deferida é mesma. Apenas o momento é que difere da tutela tradicional. Na tradicional, o pedido somente era atendido ao final do procedimento, quando então o juiz proferia a sentença. Na tutela antecipada, é o pedido que é atendido provisoriamente, desde o início, por decisão incidente. Isso atende melhor os desígnios dos direitos humanos, porque a parte interessada não precisa amargar por longos anos a espera do provimento jurisdicional. Assim, poderá ter, desde logo e imediatamente tutela de seus direitos

⁴⁶ NUNES, Helio da Silva. O bem de família e sua evolução jurisprudencial. RT. v. 785, p. 145.

⁴⁷ O estatuto do idoso, Lei 10.741, de 01-10-2003, fixou em 60 anos a idade para ter direito nesse benefício (art. 71).

e garantir, no que diz respeito a isso, a possibilidade de viver com dignidade enquanto o processo tramita lentamente.

5. 7. Tutela inibitória

Também a chamada tutela inibitória contribui e, em muito, para a proteção e efetivação dos direitos humanos. Sabe-se hoje que efetivar ou proteger direitos não é apenas reparar o mal causado. Melhor que isso, é impedir que se cause o mal.

Depois que o mal foi causado, jamais existirá uma reparabilidade completa⁴⁸. Por mais que se pense em reparar o mal causado, haverá aspectos maléficos irreparáveis. Imagina-se em caso de poluição ao meio ambiente, por exemplo, por mais que se imponha multa, reparação por perdas e danos, indenização, a saúde que é o bem maior, não mais se recupera. São casos em que a tutela inibitória pode contribuir e muito para evitar o dano e evitar que a pessoa seja prejudicada em sua dignidade humana.

O sistema processual brasileiro, com o instituto da tutela inibitória, pode evitar danos a pessoa e evitar que a mesma seja atingida em sua dignidade pessoal. Pena é que se trata de instituto pouco conhecido e ainda pouco utilizado no direito pátrio. No entanto, há de convir com MARINONI,⁴⁹ para quem, atualmente, diante da inclusão da locução “ameaça a direito”, no artigo 5º, XXXV, da CF, afirmando o princípio da inafastabilidade da apreciação do judiciário a qualquer ameaça ao direito, não há mais qualquer dúvida sobre o direito à tutela jurisdicional, através do processo civil, capaz de impedir a violação do direito.

5. 8. Efetividade da tutela jurisdicional

Nada mais constrangedor e até mesmo causador de sofrimento do que a indecisão criada por situações litigiosas, enquanto a lide não é resolvida. Traumática como se sabe, é a demora no provimento jurisdicional final. Também já se sabe que nos dias modernos, não basta que o juiz resolva a ação declarativa, necessário se faz que torne efetiva a prestação jurisdicional, o que se acostumou chamar de efetividade da tutela jurisdicional.

A efetividade da tutela jurisdicional é um dos apanágios da proteção dos direitos humanos. Ressalta-se que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou

⁴⁸ “O direito à tutela do direito, como é óbvio, geralmente é conferido ao autor - se o caso for de procedência - ao final do procedimento. Quando há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, admite-se que o autor possa, quando lhe possível demonstrar a probabilidade do direito que afirma possuir, requerer a antecipação da tutela almejada”. MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. RDPC. v. 28, p. 304. Curitiba: Gênesis, abril-junho, 2003.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. RDPC. v. 28, p. 303.

ameaça ao direito. A garantia é constitucional, mas o meio de efetivá-la é processual, através do direito de ação. Esse direito de ação somente pode ser exercido através do processo. Disso resulta a importância do processo civil, na defesa e proteção dos direitos humanos. Toda a defesa dos direitos humanos na órbita civil, há de passar pelo crivo do direito processual civil.

6. Alguns costumes que violam os direitos humanos

A par da utilização de várias medidas processuais em atendimento aos direitos, lamentavelmente, ainda existem alguns costumes que não condizem com a proteção dos direitos humanos, ao contrário, até atentam contra estes. A prisão do depositário judicial sem lei que a determine, a declaração de fraude à execução sem processo e procedimento próprio e sem se atender ao devido procedimento legal, a privação dos direitos de incapazes, com a retenção de dinheiro a eles pertencente para ficar em depósito judicial, sem lei que o autorize, a barreira disfarçada para impedir o envio de recurso à instância superior, entre outros. Tudo isso é realizado, tendo vista costume do passado, mas sem lei que o autoriza.

6.1. A abusiva declaração de fraude de execução sem o devido procedimento legal

O procedimento a ser seguido para o reconhecimento e a declaração da fraude à execução tem sido um grande desafio aos aplicadores da lei. Sabe-se que o sistema processual não reservou espaço para um procedimento especial de declaração de fraude de execução, como o fez para o caso da inclusão como legitimados à execução do espólio ou dos sucessores do executado falecido. Se assim não o fez o legislador, não pode o aplicador da lei fazê-lo, ante a ausência de norma expressa (art. 271, do CPC).

O velho e superado costume de se decidir pela fraude de execução, sem prova e por mera presunção, é coisa do passado e, ante a notória e a flagrante injuridicidade e inconstitucionalidade deste procedimento costumeiro, ele deve ser extirpado do nosso mundo jurídico. Nesse sentido, reconhecendo a necessidade de um procedimento previsto em lei para a privação de bens já se manifestou a eminente magistrada Rosângela Maria TELLES, que em brilhante trabalho doutrinário assim se expressou:

O inciso LIV consagra que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com isso, o processo deve ser adremente previsto no ordenamento jurídico.⁵⁰

⁵⁰ TELLES, Rosângela Maria. Princípio constitucional do devido processo legal. “in” Temas de Processo Civil, coordenado por Kiyoshi Harada, p. 171, Editora Juarez de Oliveira. São Paulo: 2000.

Se no passado a penhora de bem do terceiro adquirente sem um processo e procedimento com a defesa do adquirente era considerada normal, hoje já não pode mais. Se no sistema jurídico passado isso era aceitável, deixou de sê-lo a partir do novo sistema constitucional instituído com a Constituição Federal de 1.988. Com a Constituição atual afastou-se qualquer dúvida a respeito da necessidade de um devido procedimento legal para o reconhecimento de fraude à execução⁵¹ e a realização da penhora do bem de terceiro. Em se reconhecendo a penhora como figura constitutiva e por isso privativa de bem, impõe-se por exigência constitucional que isso somente se dê mediante o devido procedimento legal.

Nesse sentido é a brilhante e acertada advertência de TESHEINER (2000), quando assim expôs:

O art. 5º, LIV, da Constituição estabelece que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Esse “processo” a que se refere a Constituição, é processo jurisdicional, que supõe ação, juiz e réu.

Não se admite, pois, que alguém seja privado da liberdade ou de bens de seu patrimônio, por atos administrativos e, menos ainda, por atos de “justiça de mão própria.”⁵²

O mesmo eminente professor TESHEINER (2000), mais adiante noticia:

Numa das primeiras aplicações do art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, a 3ª Câmara Cível do tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul afirmou a inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei n. 70, de 21 de novembro de 1966:

Dir-se-ia que o Decreto-Lei n. 70/66 não impede o acesso à Justiça, restando sempre ao prejudicado o ensejo de propor demanda onde se apreciem os aspectos materiais e formais da execução forçada extrajudicial, como, por sinal, o fez o proponente desta ação. Porém a possibilidade de posterior ingresso no Judiciário jamais pode justificar a permanência do que é inconstitucional, de qualquer forma, porque afronta outros regramentos constitucionais, como é o caso do princípio do devido processo legal, da igualdade perante a lei, da isonomia processual.

Se antes havia acórdãos resolvendo pela constitucionalidade, é preciso levar em conta que não se encontrava, na anterior Carta Magna, norma como a

⁵¹ Ver nosso: Fraude à execução e do direito de defesa do adquirente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

⁵² TESHEINER, José Maria. Pressupostos processuais. P.25/26.

do art. 5º, LIV, da atual, impondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.⁵³

Vale citar e transcrever aqui, as palavras do Eminentíssimo Decio Antonio ERPEN, em relação ao assunto, quando disse: “Para evitar cometimento de injustiças, penalizando inocentes, reitero que nosso sistema jurídico se arrima no princípio da boa-fé”.⁵⁴

A boa-fé do adquirente deve ser sempre presumida e a má-fé deve ser sempre provada. Isso é princípio elementar de direito; não pode ser desconhecido de ninguém, muito menos ainda de um julgador. A declaração de fraude de execução atinge terceiro que não participa do processo de execução e, por isso, exige melhor atenção à norma Constitucional (art. 5º, LIV e LV) e, por via de consequência, ser-lhe-á assegurada a ampla defesa, o contraditório e o devido procedimento legal em toda a sua extensão.

O respeito ao devido procedimento legal não pode faltar em processo e procedimento algum, assim também deverá ser em relação ao procedimento para conhecer, reconhecer a existência de fraude de execução e declarar a ineficácia da alienação feita em fraude.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV, afirma de forma peremptória que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Bem de ver que a Carta Maior não abre exceção e nem permite exclusão. Ela diz “ninguém” será privado de seus bens sem o devido processo legal.

Se a Constituição Federal diz “ninguém” é porque não permite exceção e todos ficam ao abrigo do devido processo legal. Assim também deve estar o adquirente da coisa, cuja aquisição está sendo acoimada de fraudadora da execução. Que a penhora sobre o bem do terceiro adquirente provoca-lhe restrição de direitos e de seu bem propriamente dito, não pode haver dúvida.

A penhora sempre será uma restrição ao direito do titular sobre o bem e não pode ser realizada sem a previsão de um procedimento previsto em lei.

É de se lembrar que dentre as regras inovadoras da atual Constituição está a contida no artigo 5º, LIV, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Nesse sentido aparece a lição de TEIXEIRA, para quem o princípio constitucionalmente contemplado significa a síntese de três cânones fundamentais do processo: o do Juiz natural, o do contraditório e o do procedimento regular. Esclarecendo que este último corresponde à observância das

⁵³ TESHEINER, José Maria. Obra citada, pág. 26. Indica como fonte: TARS, 3ª Câmara. Ap. 189.040.983(sic). Rel. Sérgio Gischkow Pereira, j. 25-10-1989. No mesmo sentido encontra-se julgamento em incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na ap. 189040938 – Órgão Especial do TACRS, j. 1º/6/1990. Relator Ivo gabriel da Cunha, publicado em JTARGS 76/81.

⁵⁴ Revista dos tribunais, vol. 624, pág. 37.

normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo.⁵⁵

O terceiro adquirente deve ter direito e deve ter acesso ao devido procedimento legal, com direito ao contraditório e a ampla defesa e somente depois é que deve o juiz pronunciar sobre a eventual existência de fraude à execução com a declaração de ineficácia do negócio jurídico, e a partir daí, é que seu bem poderá sofrer a constrição pela penhora.

Permitir-se a constrição do bem de terceiro, antes de oportunizar, ao adquirente da coisa, o procedimento legal com o contraditório e a ampla defesa, é, sem qualquer sombra de dúvida, violar o princípio constitucional do devido procedimento legal. Interessante nesse sentido foi a observação do íncrito magistrado Joaquim MOLITOR, que com muita lucidez assim se expressou:

Outrossim, o direito de defesa não se exerce apenas no momento da resposta, com o oferecimento da contestação, ou se for o caso, exceção ou reconvenção, mas se amplia por todas as etapas procedimentais, constituindo cerceamento de defesa, com violação da garantia constitucional, qualquer restrição aos meios de prova, ou decisões não antecedidas de contraditório.⁵⁶

Decidir pela fraude de execução, em simples incidente, dentro do processo de execução, onde se ouve apenas o credor, como vem acontecendo, é prática que não deve ser estimulada.⁵⁷ Não é o direito do credor à satisfação do crédito que poderá ilidir outros direitos maiores como as garantias fundamentais e constitucionais do direito ao tratamento igualitário, do devido procedimento legal, da ampla defesa e do contraditório, que devem ser assegurados ao adquirente, até mesmo porque se cuida de garantia maior prevista na Constituição Federal. O direito de defesa é o mais sagrado e importante direito conhecido e existente entre os povos, neste passo vale a pena anotar a advertência de COUTURE (1951), para quem, “nunca haverá justiça se, havendo duas partes, apenas se ouvir a voz de uma”.⁵⁸

Se é verdade que o credor tem um direito infraconstitucional à satisfação de seu crédito, não é menos verdade que o adquirente tem outros direitos maiores e garantidos Constitucionalmente, que são os direitos humanos e fundamentais do cidadão. Assim, há confronto de direitos, o direito do credor e o direito do terceiro adquirente na qualidade de novo proprietário. Em sendo assim, o que se tem que dirimir em primeiro plano é qual o direito ou quais os direitos que devem ser atendidos preferencialmente.

⁵⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. AJURIS 44/86.

⁵⁶ MOLITOR, Joaquim. Plenitude da defesa. “in” Temas de Processo Civil. Pág. 157-158. Coordenação de Kiyoshi Harada. Editora Juarez de Oliveira. São Paulo: 2000.

⁵⁷ TAMG. Ap. 269.966-1. RJTAMG 74/196.

⁵⁸ COUTURE, Eduardo J. Introdução ao estudo do processo civil. Pág. 54, 3ª edição. Tradutor Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Konfino Editor. 1951.

É princípio geral de direito que no confronto entre o direito garantido constitucionalmente e outro direito em sentido contrário, garantido por norma infraconstitucional, deve prevalecer o primeiro. É de saber notório e elementar que sempre haverá de prevalecer a Constituição Federal frente à legislação infraconstitucional.

Dessa forma, antes da satisfação do crédito do credor interessado na declaração da fraude de execução, deve ser garantido ao adquirente o devido procedimento legal, ainda que isso demande certo tempo e algumas despesas processuais. É certo que o credor tem um direito infraconstitucional de crédito, mas o terceiro adquirente tem, além da garantia constitucional de um direito de defesa, ainda o direito constitucional de propriedade, que por serem garantidos constitucionalmente devem prevalecer sobre o direito do credor.

Seguindo esses parâmetros, é de se convencer de que antes da declaração da fraude de execução, deve assegurar-se o devido procedimento legal, tanto ao executado (alienante), quanto ao terceiro adquirente, sendo que este, na grande maioria das vezes, o faz na mais expressiva inocência e boa-fé. Fora isso, o que se vê é arbitrariedade, é inconstitucionalidade e ausência de um estado de direito. Um sistema jurídico evoluído e um estado de direito que se presa não pode permitir que alguém sofra restrição ou constrição de seu bem sem o devido processo legal. A Constituição Federal em sua função altaneira e com os mais lúdimos propósitos de se estabelecer no País, um verdadeiro estado de direito, preocupou-se de estabelecer a exigência de um devido procedimento legal anterior, com ampla defesa e contraditório, para somente depois alguém poder sofrer constrição em seus bens ou seus direitos, conforme clara e expressamente é a normatização do artigo 5º, LIV e LV da CF.

O jurista do seu tempo, no entanto, deve viver com sua época, se não quiser que esta viva sem ele.⁵⁹ Por isso é que a doutrina e a jurisprudência mais moderna proclamam a necessidade antes do devido procedimento legal, ampla defesa e o contraditório para somente depois e por sentença em ação própria reconhecer-se a fraude de execução.⁶⁰

O homem do seu tempo não deve curvar-se às doutrinas convencionais ou à jurisprudência subserviente, mas revestir-se da coragem de se preferir “ser justo, parecendo injusto, do que injusto para salvar as aparências (Calamandrei), mesmo que tenha que divergir do entendimento predominante, procedendo como *bonus iudex*, ou seja, aquele que adapta as normas às exigências da vida”.⁶¹

É de lembrar ainda a advertência de CANOTILHO (1997) lavrada nos seguintes termos:

⁵⁹ Ver Josserand, *Derecho Civil*, nº 558, vol. I.

⁶⁰ RT. 772/153, 776/231; RNDJ 7/202; ADV-COAD 18/287(2000)

⁶¹ Confira: Salvio de Figueiredo Teixeira, *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 28, pág. 120.

Seria, porém, científica e pedagogicamente redutor ensinar apenas o direito positivo sem fornecer algumas propostas quanto aos modos de interpretar e aplicar as normas de uma lei fundamental. Quem quiser ser um verdadeiro jurista não pode desconhecer a *metódica constitucional*. O último patamar do saber é fornecido pela teoria da constituição(...).⁶²

Em nome dos direitos humanos fica, pois, este brado de alerta, o direito começa pela Constituição e somente poderá ser considerada perfeita a interpretação que parte dessa norma maior e que a respeite e a adote. Ninguém poderá se dar ao luxo de se dizer intérprete ou jurista, sem seguir as normas constitucionais. Mal conhece o direito, quem mal conhece a Constituição.

6. 2. A absurda prisão civil do depositário judicial sem lei

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que não tem mais cabimento a prisão do depositário em razão da superveniência do Pacto Internacional de São José da Costa Rica.⁶³ Indiferentemente do partido que se queira tomar em relação ao alcance do Pacto de São José da Costa Rica que, para os mais conceituados estudiosos do assunto⁶⁴, afastou toda e qualquer possibilidade de prisão civil, aqui apenas se procura levar em conta a questão relativa à responsabilidade do depositário judicial e não a convencional ou legal, prevista no Código Civil.

Como é fácil perceber, para a figura do depositário judicial não é de essência a guarda de coisa alheia. Na grande maioria dos casos, o depositário é devedor e guarda a sua própria coisa, o que se afasta do depósito clássico. Ademais, para que se configure o depósito clássico é necessário que a guarda da coisa alheia seja a obrigação principal e não acessória e, secundariamente, somente para a garantia de dívida.

Não se encontra no sistema jurídico brasileiro norma alguma a contemplar a prisão do depositário judicial, que é uma espécie de prisão administrativa. Entre o depositário judicial e o juiz existe uma relação de subordinação hierárquica, no dizer de THEODORO JUNIOR.⁶⁵ Ora, se o que existe é uma relação de hierarquia entre o juiz e o depositário judicial, afastada está a idéia de contrato onde as partes ficam em igualdade, sem hierarquia. De outra forma, a hierarquia induz relação jurídica administrativa e se nesta há depósito, este será de natureza administrativa e

⁶² CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição. Pág. 21.

⁶³ TJSP. AgIn. 62.449-5.09-02-1998. "PRISÃO CIVIL - Depositário infiel – Não cabimento com o advento do Pacto Internacional de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário. Decreto Federal n. 678, de 1992". JTJ-Lex. v. 204, p. 207.

⁶⁴ Por todos: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica. 2002.

⁶⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de execução. 18ª edição, p. 363

não se cuida de relação contratual civil, conforme dispõe o Código Civil.⁶⁶ Como este somente regula a relação de depósito civil e não a administrativa, esta ficou sem regulamentação.

Conforme restou exposto acima, mudando seu pensamento, o mesmo Professor THEODORO JUNIOR⁶⁷ passou a afirmar que inexistente na regulamentação legal do depósito judicial qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário judicial. Afirma ainda que a previsão contida na Constituição Federal é genérica e excepcional, esclarecendo que conforme o artigo 5º, LIV, ninguém poderá ser privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal.

No seu descortino avançado, THEODORO JUNIOR⁶⁸ arremata que não seria jamais aberto ao juiz o arbítrio de ordenar a prisão do depositário judicial, sem a mínima previsão em lei, até porque se a ação de depósito é a única via processual em que se chega à prisão do depositário judicial, a conclusão forçosa seria a de que inexistente “forma legal” para decretar-se a prisão do depositário do juízo.

Essa conclusão parece ser a única viável diante da circunstância de que o Código Civil (art. 652) fala apenas em depósito voluntário ou necessário, espécie do gênero depósito civil. Nada falando sobre depósito judicial ou administrativo, até porque não seria ali sede própria para tal. O Código de Processo Civil não comina pena ao depositário judicial, e o procedimento descrito nos artigos 901 a 906 somente se refere aos casos de depósito civil ou clássico e não aos casos de depósito processual ou administrativo, de forma que nem mesmo cabe ação de depósito, no caso de depositário judicial.⁶⁹

A confirmação que aqui se tem sustentado em relação à inexistência de lei a amparar a prisão do depositário judicial, está estribada no Projeto de Lei (nº 1214/03) apresentado pelo nobre Deputado Luiz Bittencourt e que se encontra na Comissão de Constituição e Justiça, pelo qual se busca a alteração do art. 150 do CPC, para nele incluir a possibilidade de prisão do depositário judicial.

Este aspecto é interessante por um lado, porque demonstra que até agora inexistente lei nesse sentido, pois se lei existisse não precisaria de outra para autorizar a prisão. Se o nobre Deputado está querendo com o projeto de lei obter alteração do CPC, para criar essa figura de prisão, é porque até o momento ela inexistente.

De outro lado, como alerta MAZZUOLI,⁷⁰ esse projeto de lei é inconstitucional, porque contraria o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado em nosso sistema constitucional.

⁶⁶ Código Civil. Artigo 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

⁶⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de execução. 18ª edição, p. 364.

⁶⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. Processo de execução. 18ª edição, p. 365

⁶⁹ “Prisão – Depositário para garantia do crédito, e não para a guarda da coisa- Prisão do depositário desautorizada, especialmente na hipótese de bens fungíveis, quando aplicáveis as regras do mútuo – Análise da jurisprudência – Prisão indeferida. Decisão mantida. JTACSP-Lex v. 150, p. 18.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Prisão de depositário infiel e responsabilidade internacional do Estado. Brasília: Correio Brasiliense de 26/07/2004. p. 01.

Ainda que se esqueça o referido pacto, a inconstitucional subexiste porque a Constituição da República não permite a prisão por dívida e depósito judicial por ser apenas meio de garantir a execução, que é a relação principal, indiretamente se constitui em pagamento de dívida. Tanto é assim que basta o depositário pagar para a prisão se encerrar. Não se trata de depósito como relação principal e sim depósito para satisfazer a execução, o que caracteriza caso de prisão por dívida.

Se de um lado inexistia norma cominando pena de prisão civil ao depositário judicial, de outro existe norma estabelecendo quais as conseqüências a que está sujeito o depositário judicial e, como bem lembra AMARAL SANTOS⁷¹, este responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar às partes, no descumprimento do encargo. Assim também já foi decidido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina,⁷² com o entendimento de que em caso de descumprimento do encargo de depositário judicial, a conseqüência é a responsabilidade pelos prejuízos causados.

Em verdade, o artigo 150 do Código de Processo Civil, a única norma que regula matéria, impõe apenas, como conseqüência do descumprimento dos deveres do depositário, a obrigação de responder pelas perdas e danos, nada falando de prisão do depositário.⁷³

Como o depositário judicial é um auxiliar do juízo e a este está vinculado administrativamente, caso fosse admitida a prisão civil, esta seria de natureza administrativa. No entanto, a nossa sistemática constitucional atual não permite mais a prisão administrativa, fora dos casos de prisão militar (art. 5º, LXI, da CF).

Que a prisão de depositário judicial é de natureza administrativa, já foi reconhecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.⁷⁴ Em se tratando de prisão de natureza administrativa, não está autorizada pela Constituição Federal (art. 5º, LXI). Observando a questão por outro enfoque, pode-se dizer que a prisão do depositário infiel somente poderá ocorrer nos casos de depósito típico, em que a obrigação principal se constitua no próprio depósito e não quando se trata de obrigação principal de dívida onde o depósito aparece secundariamente. Nesse sentido já foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, onde se entendeu que a Constituição da República autoriza a prisão civil por dívida em dois casos, apontando um deles, como a situação de depositário infiel e advertindo que se devem separar as duas situações de depósito, uma como obrigação principal e outra como obrigação acessória, afirma que a prisão civil somente é cabível no caso de depósito como obrigação principal, sendo impossível estendê-la à segunda, ou seja, nos casos de obrigação acessória, onde é

⁷¹ AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil. v. 3, p. 296.

⁷² TJSC. AgIn. 96.009925-5, 3ª Câmara. J. 28.04.1998. "A função pública de depositário judicial gera a obrigação de guarda e conservação dos bens penhorados, sob pena de responder pelos prejuízos causados por culpa ou dolo, conforme dispõe o art. 150 do CPC.". RT. 754/407.

⁷³ CPC. "Art. 150. O depositário ou o administrador responde pelos prejuízos que, por dolo ou culpa, causar à parte, perdendo a remuneração que lhe foi arbitrada; mas tem o direito a haver o que legitimamente despendeu no exercício do encargo".

⁷⁴ TJSP. 3ª câmara Criminal. 3.780-3, j. 22-09-1980; "Cabível, no caso, o "habeas corpus", pois a decisão que decreta a prisão administrativa de depositário infiel é agravável de instrumento, sem suspensividade." RT. 544/316.

impossível a decretação da prisão do depositário.⁷⁵

Dois aspectos interessantes merecem ser lembrados:

a) o primeiro deles é o absurdo caso em que o devedor diante da penhora do crédito, na forma do artigo 671 e 672, § 2º do CPC, mesmo alegando que não pagaria porque a dívida estava prescrita, teve a sua prisão decretada. O terceiro não foi executado, o seu credor é que o foi e houve a penhora apenas do crédito e sem haver qualquer ato de transferência de coisa para depósito, mesmo porque coisa alguma existia, foi esse terceiro considerado depositário (art. 672, § 1º do CPC), e por se entender prescrita a dívida deixou de fazer o depósito (art. 672, § 2º do CPC).⁷⁶ Um caso típico de prisão por dívida e não de depósito pela guarda de alguma coisa alheia.

b) o segundo aspecto que merece muita atenção é a circunstância de que o depositário judicial somente o é, em razão de alguma dívida que se quer garantir e não em razão de guarda de coisa alheia que se tem de devolver. De regra, o depositário judicial assume esse encargo não por livre e espontânea vontade, mas por imposição da situação em que se vê envolvido em alguma execução. O bem depositado é para a garantia de pagamento de dívida ou de alguma obrigação de entrega de coisa.

Se o bem já se encontra sob constrição judicial, a sua disposição pode configurar fraude à execução (art. 593, do CPC) e a disposição em fraude de execução é considerada ineficaz perante o credor-exequente (art. 592, do CPC). Ora, se a disposição da coisa é considerada ineficaz (art. 592, do CPC), podendo o credor prosseguir na execução e buscá-la nas mãos de quem quer que seja, nenhum prejuízo haverá para esse credor, nesse caso a coisa sai das mãos do depositário, mas não sai do processo, continua como garantia da execução. A execução prossegue como antes sobre o bem alienado. Logo, não se há de falar em prejuízo e nem em depositário infiel, menos ainda em prisão do depositário infiel como já se decidiu. Aliás, assim já foi decidido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, com o entendimento de que tal disposição é inoperante diante do juízo da execução.⁷⁷

⁷⁵ STJ. RHC. 3.901.9. JSTJ e TRF-Lex. v. 82, p. 304. São Paulo: Lex, junho 1996 e ainda REsp. 3.413 e 3.909, citados em RT. v. 751, p. 288..

⁷⁶ STF. 2ª Turma. RHC. nº 66.614-1-SC. Rel. Min. Carlos Madeira. J.13.09.1988. DJU. 30.09.1988. p. 24.986. “Depositário de crédito do devedor, determinada pelo Juiz do processo de execução. Se o depositário não depositou em Juízo a importância respectiva, no vencimento do título, eximindo-se de fazê-lo por entender prescrita a ação de cobrança, cabe a prisão civil, independente da ação de depósito”. Bol. AASP. nº 1560. p. 272. de 09-11.1988,

⁷⁷ “PRISÃO CIVIL. Ameaça de decretação contra depositário infiel – Alienação de parte do bem imóvel penhorado, por cuja evicção não responde – Ineficácia da mesma, em face do art. 592, do CPC. Constrangimento ilegal configurado. Concessão de “Habeas Corpus”. A alienação, sem responder pela evicção, de parte do imóvel penhorado pelo depositário, a par de ser por lei ineficaz, nos termos do art. 592, n. V, do C.P.Civil, não constitui motivo para a decretação de sua prisão civil, mesmo porque esta não se destina a tutelar regras de moralidade, porém está instrumentalmente disposta à realizabilidade do crédito.” TJSP. HC. 134.925. Rel. Des. Cavalcanti Silva. RF. v. 266, p. 293. No corpo do acórdão consta: “operada a penhora (houve sua inscrição?), qualquer posterior alienação é inoperante e, ante tal conjuntura, sem acréscimo de convencimento, não endossamos se legitime a prisão do depositário, embora o depositário seja “infiel”, ao que tudo indica. Interpretação teleológica da lei não o facultaria. Seria forma compulsiva à rápida cobrança do débito, apenas”. RF.266/293.

6.2.1. Antecedentes Jurisprudenciais

Na jurisprudência são registrados antecedentes que comungam com a posição até agora exposta. Bastante exemplificativo foi o julgamento proferido no Tribunal de Justiça de São Paulo, pela Egrégia Sétima Câmara de Direito Público, com relatoria do eminente Des. Walter Swensson, com a seguinte ementa.

EXECUÇÃO FISCAL – Penhora – Bens do estoque rotativo – Alienação em outras execuções fiscais – Depositário – Decretação da prisão – Inadmissibilidade – Matéria regulada pelo Código de Processo Civil – Inexistência de previsão legal para a hipótese – Recurso provido.

Inexiste na regulamentação legal do depósito judicial qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário.⁷⁸

Agravo de instrumento – Executivo fiscal – Penhora de bens do estoque rotativo, alienados em outras execuções fiscais – Decisão que decretou prisão de depositário – Inadmissibilidade – Inexistência na regulamentação legal do depósito judicial de qualquer dispositivo que regule ou autorize a prisão civil do depositário – Recurso provido.⁷⁹

Em outros acórdãos da lavra do eminente Des. Sérgio Pitombo, a mesma posição foi adotada, com a seguinte passagem:

É preciso repetir e mais outra vez: não se cuida de depósito, derivado de contrato; nem de depósito necessário; todas hipóteses nascentes do Código Civil (arts. 1.265 a 1.281 e 1.282 a 1.287). O depósito, aqui, se rege pelo Código de Processo Civil (arts. 139; 148 a 150; 666; 672, § 1º 677 e 678; 690, § 1º n. III; 733; 824 e 825; 858 e 859; 919; e 1.145, § 1º). Os mandamentos processuais não aludem à prisão. Não se aplicam ao depositário de bem penhorado, arrestado ou seqüestrado – por exemplo – os preceitos referentes à ação de depósito (art. 901 a 906, do Cód de Proc. Civil).⁸⁰

Necessidade de interpretação restrita dos preceitos, em razão da excepcionalidade da constrição à liberdade de ir e vir, no regulamento vigente. Inexistência de norma infraconstitucional, que especifique e regulamente a imaginada prisão do depositário judicial.⁸¹

⁷⁸ TJSP. AI 200.116-5, in JTJ-Lex 247, p. 103.

⁷⁹ TJSP. AI. 200.116-5, in JTJ-Lex 247, pp. 103-104.

⁸⁰ TJSP. AI. 129.078.5/4. Também o Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo em julgamento do Hábeas Corpus, nº 544.695-7, rel. Juiz Jacobina Ribeiro, assim decidiu: “Não englobando a hipótese de o próprio devedor assumir a função processual de depositário, de bem ou direito próprio (arts. 665, nº IV e 666, caput, do Cód. de Proc. Civil)”, citado in JTJSP v. 247, p. 105.

⁸¹ AgIn. 088.736-5/0 – Rel. Des. Sergio Pitombo. RF. v. 360, p. 233.

Também, o Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo tem prestigiado esse entendimento e assim decidiu:

É inadmissível a prisão civil de devedor que se recusa a entregar bens dados em garantia de dívida, por não poder ser considerado depositário infiel, uma vez que, para a caracterização do contrato de depósito é necessário que este tenha como finalidade principal a guarda e não a garantia de determinado bem.⁸²

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, somente, pode haver prisão de depositário quando o depósito corresponder à obrigação principal, isto é, quando se tratar de depósito típico e não de depósito como obrigação acessória, como aquele em que o devedor, fora da obrigação principal, assume a condição de depositário judicial, esta como obrigação administrativa e secundária. Assim restou o acórdão ementado:

RECURSO DE “HABEAS CORPUS”. CONSTITUCIONAL. CÉDULA RURAL PIGNORÁTICA E HIPOTECARIA. PRISÃO CIVIL.

A Constituição da República autoriza a prisão civil, por dívida em dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel (art. 5º, LXVII). Cumpre, no entanto, distinguir duas situações: a) o depósito é a obrigação principal: b) o depósito é obrigação acessória. No primeiro caso, o depositário deve restituir a coisa, conforme o convencionado, no segundo, o depósito reforça a obrigação de cumprimento de contrato. A prisão civil é restrita à primeira hipótese. Impossível estendê-la à segunda, sob pena de a restrição ao exercício do direito de liberdade ser utilizada para impor ao devedor honrar dívida civil. Interpretação coerente com a evolução histórico-política dos institutos jurídicos.⁸³

6. 3. Retenção de dinheiro de incapazes sem lei.

Em homenagem aos direitos humanos, a Constituição Federal, ao tratar dos DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, dispôs em seu artigo 5º, II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

⁸² TACSP. AgIn. 749.947-0, 1ª Cam. J. 20.10.1997, rel. juiz. Elliot Akel. RT. v. 751, p. 287.

⁸³ STJ. RHC. 3.901.9. j. 20-09-1994. JSTJ-TRF, v. 82, p. 304. junho 1996.

Por esta norma constitucional, fica claro que ninguém está obrigado a deixar o seu dinheiro retido à disposição do juízo e em banco contra a sua vontade, salvo se houvesse previsão expressa em lei. No entanto, tornou-se costume no Brasil, o dinheiro de incapaz ficar retido até que complete a maioridade.

Portanto, determinar-se que o dinheiro pertencente ao incapaz seja retido sem lei clara e expressa é ferir mortalmente a Constituição federal. A retenção de bem de qualquer pessoa somente poderá ocorrer quando prevista clara e expressamente em lei. Tal medida é restritiva de direito e por isso representa exceção. Toda norma restritiva de direito e de exceção deve ser expressa, não podendo sofrer interpretação ampliativa e não é possível interpretação analógica.

6.3.1. Da restrição (retenção) inconstitucional de dinheiro de incapaz

Além da norma estilizada no artigo 5º, II, da CF/88, que não obriga fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei, é norma protetora do direito fundamental da liberdade e da dignidade humana. A retenção do dinheiro do incapaz viola os direitos humanos e a Constituição Federal que em seu artigo 5º, LIV, assim dispõe:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (Art. 5º, CF. 1.988)

Desenganadamente, a Constituição Federal não permite que alguém seja privado de seus bens, sem o devido processo legal. Ora, se ninguém poderá ser privado de seus bens, como haveria de privar o incapaz, que é o maior necessitado? Ou será que o incapaz não é pessoa? Estaria ele fora da garantia constitucional? Porque desta privação? Qual a razão do vetusto costume de reter dinheiro de menor até completar a maioridade? Só porque seria ele incapaz até esta idade? E se após a maioridade ainda permanecer a incapacidade (ex: deficiente mental), ficará o dinheiro retido eternamente?

São questões que qualquer leigo saberá responder, sem a necessidade de ser bacharel em direito.

a) Ninguém em sã consciência poderá negar ser o menor, o maior necessitado. Nesta faixa etária, não tem emprego e é indefeso. Retirar dele o dinheiro hoje, na época em que mais precisa é no mínimo atentar contra a vida e a dignidade humana do incapaz. Hoje é que ele mais precisa deste dinheiro para alimentar-se, vestir-se, medicar-se etc. Caso passe por esse período, por ser o mais crucial de sua vida, ao atingir a maioridade, talvez, não mais necessitará do dinheiro, pois já estará em condições de trabalhar e já não será por certo indefeso. Sem levar em conta de que o dinheiro depositado desaparecerá ou diminuirá seu poder aquisitivo ao longo dos anos pela desvalorização natural, visto que a atualização bancária para os depositantes

em geral é pilhérica e não acompanha a realidade.

b) Também em sã consciência ninguém poderá negar que o menor incapaz é gente (pessoa). Não é de hoje que se reconhece direito até mesmo ao nascituro (RT. 625/172 e 587/e 182 e 183). Se até mesmo o nascituro é pessoa e deve ter seus direitos fundamentais protegidos, porque então haveria de ser diferente para o incapaz? O incapaz é pessoa e deve ter seus direitos fundamentais respeitados e entre eles, o de não poder sofrer restrição em seus bens, sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88);

c) Como foi visto, o menor é pessoa e não pode ficar fora da garantia constitucional prevista no artigo 5º, LIV, da CF/88. Impor restrição aos bens dos menores, pelo simples fato de ser incapaz, sem amparo legal e ainda sem o devido processo legal (no caso, sem processo algum), é violar a norma constitucional, no que tem de mais puro, que são os princípios da livre administração e disposição dos bens, do devido processo legal, e ainda do direito à alimentação, educação e saúde;

d) É bem verdade que se tornou costume nos meios forenses a retenção do dinheiro de menor, até que este atinge a maioridade; Entretanto, até hoje não se conseguiu demonstrar qual a razão desta restrição.

Além de não constar de texto de lei expresso, ainda que constasse seria a lei inconstitucional, pois feriria o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que não permite restrição de bens sem o devido processo legal. Na boa intenção de proteger o incapaz, acaba por ferir a sua dignidade e atentar contra os direitos humanos.

e) Razão nenhuma existe para reter o dinheiro do menor até atingir a maioridade. Até hoje nunca se explicou o porquê deste obsoleto, incoerente e ultrapassado pensamento. Fosse porque o titular do dinheiro é menor e por isso é incapaz, seria o mesmo que dizer, que aquele que nunca atinge a capacidade, mesmo após esta idade, ficaria pela vida inteira privado de seus bens. Em caso assim o banco ficaria eternamente com o dinheiro? E o direito do titular do dinheiro?

Estas e outras observações servem para demonstrar não só a inconstitucionalidade e ilegalidade da medida, mas, pior que tudo isto, a imoralidade, eis que retira alimento da boca do incapaz indefeso, para entregar o dinheiro em depósito a banco, que dele se utilizará, para todo o tipo ágio, sem retribuição equivalente.

Os direitos à privacidade e à administração dos bens familiares são integrantes do grande grupo direitos humanos e contrariá-los é o mesmo que contrariar também as garantias asseguradas pela Constituição Federal, dos direitos humanos.

Na doutrina ecoa a voz de CARNELUTTI⁸⁴ ao dizer que a vida do filho é, de regra, também um interesse do pai. Se assim é, ninguém melhor do que o próprio

⁸⁴ CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. p. 98.

pai para administrar os bens dos filhos. Na doutrina nacional, CARVALHOS SANTOS, anota:

Ao pai, para o desenvolvimento das faculdades contidas no instituto do pátrio poder que ele exercita, concede o Código uma ampla liberdade de ação, estabelecendo que nenhum outro critério deve nortear-lhe a atividade, como administrador do patrimônio do filho, que não seja aquele da utilidade, do bem-estar deste, presumindo, por outro lado, que ninguém possa melhor do que o pai, e com mais vantagem, administrar o que pertence ao menor.⁸⁵

O mesmo CARVALHO SANTOS, em outro momento arremata:

Poderá o pai conservar em seu poder o dinheiro dos filhos para lhe dar o destino que, na qualidade de administrador, julgar mais proveitoso? Parece-nos que sim. Porque o art. 432 contém uma proibição que só se aplica aos tutores, e, como sustentou o Desembargador RAFAEL MAGALHÃES, os pais com relação aos bens dos seus filhos, de que são administradores naturais, isentos da obrigação de prestar contas, não estão sujeitos à mesma disciplina (voto na Revista Forense, vol. 30, pág. 314).⁸⁶

6.3.2. Antecedentes jurisprudenciais

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em momento de inspiração e de alta compreensão do significado dos direitos humanos assim decidiu:

Pretendida liberação, por parte da genitora, de dinheiro depositado em nome de seus filhos, estando falecido o pai. O ordenamento jurídico brasileiro não ostenta lacuna a ser suprida quanto à administração dos bens dos filhos incapazes. Poder-dever de mante-los sob a guarda materna, falecido o pai. Direito ampla e inarredavelmente assegurado à mãe, eis que ninguém melhor do que ela, à falta do marido, apta administrar o que pertence aos próprios filhos. O art. 432 do CC contém proibição que somente se dirige e aplica ao tutor, não estando o pai ou a mãe sob esta disciplina, pelo que contas não têm que prestar. Incidência, igualmente, da regra contida no art. 1º, § 1º, da Lei 6.858/80 que autoriza uso de capital depositado em caderneta de poupança no dispêndio necessário à subsistência e educação do menor. O

⁸⁵ CARVALHO SANTOS. J.M. Código Civil interpretado. v. VI, p. 65.

⁸⁶ CARVALHO SANTOS. J.M. Código Civil interpretado. v. VI, pp. 69:70.

levantamento pode ser total, pois. Provimento do recurso. (TJ-RJ –Ac. unân. Da 4ª Câm. Civ. Publ. em 20-8-98. ap. 8.804/97). in Bol. Nossos Tribunais, nº. 42/98. ementa 84.977- COAD.

No corpo do acórdão consta a seguinte passagem:

Todavia anota-se que invadir a privacidade das relações familiares, a pretender caçar provas desse dispêndio e dessa necessidade para subsistência e educação do filho da apelante é pretender levar o braço da lei aonde ela não pretendeu, e nem o intérprete e seu aplicador podem chegar.

Também em julgamento nos autos 387/98, que tramitou pela Egrégia Primeira Vara Cível de Presidente Prudente-SP, em data de 30-10-1998, foi determinada a liberação de dinheiro que se encontrava depositado em juízo e em nome de menor incapaz.

6. 4. *Prisão civil processual da parte que não cumprir ordem judicial*

Em um estado de direito, ninguém pode ser preso sem lei anterior que expressamente comine pena de prisão. A Constituição da República Brasileira, em boa hora implantou a garantia constitucional de que ninguém pode ser apenado com prisão sem lei anterior que defina o fato como passível de prisão e sem lei que comine expressamente essa pena (art. 5º XXXIX). É o princípio da legalidade que alguns autores preferem chamar de “o devido processo legal material - *Substantive due process*”, pelo qual ninguém poderá ser punido sem anterior que expressamente comine a referida pena. Todavia, no Brasil, alguns doutrinadores estão apregoando a possibilidade de decretação de prisão civil processual, pela parte que descumprir ordem ou decisão judicial. Tal prisão se apresenta inconstitucional por qualquer ângulo que se queira analisar. Mais ainda, por falta de previsão expressa.

Tem-se exagerado na interpretação do art. 461, par. 5º, que dá poderes ao juiz para determinar medidas necessárias para alcançar o cumprimento da decisão. Mas o próprio legislador teve a cautela de exemplificar as medidas, “tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”. É certo que essa relação é apenas exemplificativa, mas o legislador utilizou-se da palavra “como”, para indicar semelhança e somente permitiu outras medidas que sejam assemelhadas. Não falou em prisão civil e nem esta poderá ser considerada como assemelhada àquelas indicadas.

A favor da possibilidade de prisão civil processual por descumprimento de

decisão ou mandamento judicial, aparecem autores de nomeada como: MARINONI⁸⁷, LIMA GERRA⁸⁸, CÂMARA⁸⁹, DOTTI⁹⁰, VARGAS⁹¹ e ARENHART⁹². Contrários à possibilidade de prisão nessa hipótese, aparecem outros autores de peso: BAPTISTA DA SILVA⁹³, THEODORO JUNIOR⁹⁴, TALAMINI⁹⁵, MEDINA⁹⁶, BORGES⁹⁷, FADEL⁹⁸, e ALVIM WAMBIER.⁹⁹

Confundir o ato da parte que descumpra decisão ou mandamento judicial com o crime de desobediência, é algo que não se pode aceitar. Mas ainda assim, o caso não seria cerceamento da liberdade, imediatamente, porque o crime de desobediência comporta fiança e o agente aguarda o julgamento em liberdade. A prisão civil processual por descumprimento de julgado é inconstitucional, porque não é autorizada pela Constituição Federal e mais que isso, por inexistir lei com essa cominação.

6.4.1. Precedentes jurisprudenciais

Na jurisprudência já começam aparecer os primeiros julgados rechaçando tal pretensão, reconhecendo incabível a prisão civil processual por descumprimento à ordem judicial.

Obrigação de fazer. Execução de sentença proferida em ação civil ambiental. Art. 461 do CPC, que autoriza outros tipos de medida, mas nunca a prisão dos diretores, mormente em tais circunstâncias, sob pena de consubstanciar nítida e inegável espécie de prisão civil de regra vedada expressamente pela Constituição da República (art. 5º, LXVII).¹⁰⁰

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória. pp. 229:234.

⁸⁸ LIMA GUERRA, Marcelo. Execução indireta. pp. 242:246 e Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. pp. 134:137.

⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lineamentos do novo processo civil. p. 75.

⁹⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. A crise do processo de execução. RDPC. v. 2. pp. 386:387. Curitiba: Gênesis, maio:agosto, 1996.

⁹¹ VARGAS, Jorge de Oliveira. A pena de prisão para desobediência da ordem do juiz cível. RDPC. v. 3. pp. 797:799, Curitiba: Gênesis, setembro:dezembro, 1996.

⁹² ARENHART, Sergio Cruz. A tutela inibitória coletiva. p. 270.

⁹³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Do processo cautelar. p. 530.

⁹⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao CPC. v. 5, p. 380. Rio:Forense, 1978.

⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. p. 20. Reforma do CPC. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

⁹⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. Execução civil. Princípios fundamentais. p. 336.

⁹⁷ BORGES, Marcos Afonso. Comentários ao CPC. v. 4. p. 102.

⁹⁸ FADEL, Sergio Sahione. Código de processo civil comentado. v. II, p. 790.

⁹⁹ ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação in natura. REPRO, v. 112, pp. 196:212.

¹⁰⁰ TJSP. AgIn. 294.123.5/0-00. 8ª Câmara de Direito Público. REPRO v. 112, p. 355.

HABEAS CORPUS. Ameaça de prisão-descumprimento de decisão judicial.

I - Não pode o Juiz que não possui jurisdição criminal expedir ordem de prisão por descumprimento de decisão judicial, sendo-lhe, permitido apenas a prisão em flagrante, nos termos do disposto no art. 5º, LXI, da CF/88.

II - Ordem que se concede.¹⁰¹

Habeas Corpus. Ordem de prisão penal. Juiz do trabalho. Regime jurídico.

Segundo informam os precedentes, não pode o Juiz do trabalho, que não tem jurisdição criminal, expedir ordem de prisão de natureza penal, embora possa, como qualquer do povo, prender em flagrante, se o crime ocorrer na sua presença.

Ordem de habeas corpus que se concede.¹⁰²

PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus. Cumprimento de ordem judicial. Ameaça à liberdade do agente público destinatário da ordem.

1. Não pode o Juiz Federal, que não tem competência criminal, expedir ordem de prisão por descumprimento (desobediência ou prevaricação) de determinação que expeça em processo civil. Precedentes.¹⁰³

I - Não se admite ordem de prisão por descumprimento de decisão judicial por juiz que não tenha jurisdição criminal.

II Ocorrendo o tipo penal de desobediência ou prevaricação, somente é cabível a prisão em flagrante ou a instauração de inquérito policial.¹⁰⁴

Conclusões

Em face de todo o exposto, é possível concluir que o processo está bastante avançado rumo à proteção dos direitos humanos, mas ainda há muito do que se fazer para o seu aperfeiçoamento. Recorre-se às palavras de TRINDADE¹⁰⁵: “Os

¹⁰¹ TRF - 1ª Região. 3ª turma. HC. n. 2004. 01.00.009829-3, MG. DJ. 25.06.2004.. Revista Jurídica, v. 322, p.159. Porto Alegre: Notadez, agosto 2004.

¹⁰² HC. 1999.01.00.112146-4/PI. DJ. 26.06.2000, p. 64. Também Revista Jurídica, v. 322, p. 160.

¹⁰³ HC. 2001.01.00.048973-1/MT. DJ. 26.04.2002, p. 88.. Também Revista Jurídica, v. 322, p. 160.

¹⁰⁴ HC.2002.01.00.035813-5-MG. DJ. 16-05-2003. e RJ. V. 322, p. 160.

¹⁰⁵ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. P. 163.

que, em todas as épocas, combateram pelos direitos humanos nunca deixaram de saber quão árdua e sempre inacabada foi sua conquista” ou como dizem ARZABE e GRACIANO¹⁰⁶: “Como um discurso novo, assentado no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis, e tendo esse reconhecimento como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, sua incorporação à práxis política e social apenas se inicia”.

Pretender, como alguns pretendem, que o simples descumprimento de decisão judicial pode ensejar a prisão civil, é voltar ao passado, ao tempo em que a execução do julgado recaia sobre o corpo da pessoa. Prender alguém por inexecução do julgamento é direcionar a execução contra o seu corpo o que implica volta ao passado e isso não pode ser aceito em pleno limiar do terceiro milênio.

Hoje mais do que nunca, as diretrizes se voltam às garantias e o atendimento dos direitos humanos e não o contrário em que se pretende ampliar os casos de segregamento das pessoas em desrespeito à sua dignidade.

O processo civil moderno não pode virar de costas para o direito, sob a vetusta alegação de que as formalidades não foram cumpridas. O processo não pode distanciar do direito e as formalidades não podem sobrepor os direitos da pessoa. Os direitos humanos devem merecer a prioridade de qualquer atividade pública, mais ainda do Poder Judiciário, que deve abrir mão das formalidades sempre que a situação assim exigir para a garantia do direito. Primeiro deve-se atender o direito e as formalidades depois.

É hora de se olhar primeiro para os direitos humanos e somente depois para o processo, sendo que este somente deve ser utilizado para a garantia daqueles. O processo existe para ser vir ao homem e não o homem para servir ao processo. Os direitos humanos são os direitos mais sagrados entre os chamados direitos fundamentais e por isso não podem ficar a mercê de meras formalidades processuais.

Referências

ACETI JUNIOR, Luiz Carlos e CURTOLO REIS, Maria Flávia. *Apontamentos à lei de proteção aos idosos*. Revista Nacional de Direito e jurisprudência. v. 41. Ribeirão Preto: Nacional do Direito, maio 2003.

ALVARES, Anselmo Prieto. *Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita*. RT. 778. São Paulo: agosto 2000.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. *Impossibilidade da decretação de pena de prisão como medida de apoio, com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação in natura*. REPRO, v. 112, pp. 196:212. São Paulo: RT. Outubro-dezembro, 2003.

¹⁰⁶ ARZABE, Patrícia Helena Massa e GRACIANO, Potyguara Gildoassu. A declaração universal dos direitos humanos – 50 anos. p. 245.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1981.

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória coletiva*. ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT. 2000.

ARMELIN, Donaldo. *Flexibilização da coisa julgada*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Edição especial. Janeiro-dezembro 2003.

ARZABE, Patrícia Helena Massa e GRACIANO, Potyguara Gildoassu. *A declaração universal dos direitos humanos-50 anos*. in Direitos Humanos, obra coletiva. São Paulo: Centro de Estudos da PGE. 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao CPC*. v. 4. São Paulo: Leud. 1982.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lineamentos do novo processo civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 4ª edição. Lisboa: Almedina s/d.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. tradutor n/c. São Paulo: Lejus, 1999.

CARVALHO, Luiz Airton de. *Princípios processuais constitucionais*. Cartilha Jurídica. TRF/1ª Região. nº 28 p. 9. Setembro, 1994.

CARVALHO SANTOS, J.M. *Código civil brasileiro interpretado*. v. VI. São Paulo: Freitas Bastos, 11ª edição, 1986.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Tradutor Mozart Victor Russomano. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1951.

DINIZ, José Janguê Bezerra. *Princípios constitucionais do processo*. Revista Consulex – Doutrina e pareceres. Brasília: Consulex, janeiro-dezembro 1997.

DOTTI, Rogéria Fagundes. *A crise do processo de execução*. RDPC v. 2. Curitiba: Gênese, maio-agosto 1996.

ERPEN, Décio Antonio. *A fraude à execução e a nova lei das escrituras públicas*. AJURIS, v. 40. Porto Alegre: Julho, 1987 e RT. 624. São Paulo: outubro, 1987.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de processo civil comentado*. v. II. Rio: Forense, 1982.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *Comentários à Constituição-direitos e garantias individuais e coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada*. São Paulo: RT. 2000.

HERRERA, Chinchilla. *Que son y cuales son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis, 1999.

LIMA GUERRA, Marcelo. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT. 2003.

_____. *Execução indireta*. São Paulo: RT. 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. RDPC. v. 28. Curitiba: Gênese, abril-junho, 2003.

_____. *Tutela inibitória*. RDPC. V. 2. Curitiba: Gênese, maio-agosto, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o pacto de San Jose da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

_____. *Tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Prisão de depositário infiel e responsabilidade internacional do Estado*. Brasília: Correio Brasiliense de 26/07/2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil. Princípios fundamentais*. São Paulo: RT. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 2ª edição. 1999.

MOLITOR, Joaquim. *Plenitude da defesa*. In Temas de Processo Civil. Cord. Kiyoshi Harada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Guilherme Pena de. *Direitos fundamentais- conflitos e soluções*. São Paulo: Labor juris. 2000.

NERY JUNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT. 1992.

NUNES, Hélio da Silva. *O bem de família e sua evolução jurisprudencial*. RT. 785, São Paulo: março, 2001.

OLIVEIRA, Flavio Luiz. *A jurisdição na perspectiva da dignidade da pessoa humana*. RDPC, v. 29. Curitiba: Gênese. Julho-setembro, 2003.

OLIVEIRA, C.A. Álvaro. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. RDPC. v. 26. Curitiba: Gênese, outubro-dezembro, 2002.

OLIVEIRA, Flávio Luis de. *A jurisdição na perspectiva da dignidade da pessoa humana*. RDPC. v. 29, Curitiba: junho-setembro, 2003.

OLIVEIRA FILHO, João de. *Origem cristã dos direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

PEREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1988.

PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.

PRVITALLI CAIS, Cleide. *O processo tributário*. São Paulo: RT. 1996.

QUEIROZ. Odete Novais Carneiro: *Prisão civil e os direitos humanos*. São Paulo: RT.2004.

RAMOS JUNIOR, Galdino. *Princípios constitucionais do processo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Celso Bastos. 1999.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Atlas, 1998.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Processo e jurisprudência no estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense 1989.

_____. *Prisão do depositário judicial – uma prisão costumeira no terceiro milênio*. Revista Dialética do processo, v. 19. São Paulo: outubro de 2004.

_____. *Fraude de execução e o direito de defesa do adquirente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. “in” Reforma do CPC. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura*. RBDP. v. 28. Rio Forense: 4º bimestre 1981.

_____. *O processo civil na nova constituição*. AJURIS, v. 44. Porto Alegre: novembro, 1988.

TELES, Rosângela Maria. *Princípio constitucional do devido processo legal*. Temas de Processo Civil. coord. Kiyoshi Harada, p. 171. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao CPC*. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Processo de execução*. 18ª edição. São Paulo: LEUD, 1997.

TRINDADE, José Damião Lima. *Anotações sobre a história social dos direitos humanos*. in Direitos Humanos, obra coletiva. São Paulo: Centro de Estudos da PGE. 1998.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *A pena de prisão para desobediência da ordem do juiz cível*. RDPC, v. 3. Curitiba: Gênese, setembro:dezembro, 1996.

VENTURI, Elton. *A tutela executiva dos direitos difusos nas ações coletivas*. Processo de execução e assuntos afins, coord. ALVIM VAMBIER, Teresa Arruda. São Paulo: RT. 1998.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação-algumas proposta para minimizá-la. Revista Jurídica, v. 316. Porto Alegre. Notadez, fevereiro, 2004.